

WYROK
z dnia 27 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum – F. S.A, F. S. S.A ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Muzeum Historii Żydów P., ul. (...)**,

przy udziale wykonawcy: **S. P. a. F. S. Sp. z o.o., ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum – F. S.A, F. S. S.A ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum – F. S.A, F. S. S.A ul. (...)**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1389/17

Uzasadnienie

Odwołanie zostały wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówieni: Konsorcjum - F. S.A. z W. i F. S. S.A. C. P. z M. (Odwołujący) w postępowaniu

2

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.), (dalej: ustawa Pzp) przez zamawiającego: Muzeum Historii Żydów P.. Przedmiotem zamówienia jest: „Świadczenie usług obsługi technicznej w budynku Muzeum Historii Żydów P.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE - Numer: 2017/S 080-154309. Wnoszący odwołanie kwestionuje wybór oferty wykonawcy S. P. a. F. S. sp. z o.o. z siedzibą w P. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, zaniechanie wykluczenia z Postępowania tego wykonawcy i ewentualnie - zaniechanie wezwania S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału. Zdaniem wnoszącego odwołanie powyższe okoliczności powodują naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp – z uwagi na zaniechanie wykluczenia S. z Postępowania, który to wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej dwóch usług (zrealizowanych na podstawie odrębnych umów) obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m2 (budynki biurowe w standardzie A lub B+) ustanowionego w Rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ, gdyż powołał się na wykonanie:

a. kompleksowej obsługi technicznej Hotelu W. S., w tym Hotelu P. P., mających wspólnie powierzchnię 48 849 m², które to obiekty nie stanowią budynków biurowych w standardzie A lub B+, a nadto nie mogą być kwalifikowane jako obiekty użyteczności publicznej,

b. kompleksowej obsługi technicznej budynku biurowego S. w P. przy ul. (...), który zgodnie z informacją podaną przez S. ma powierzchnię większą niż wymagane przez Zamawiającego w Rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret pierwszym SIWZ 18 000 m², podczas gdy, zgodnie z informacją dostępną na stronie internetowej S. sp. z o.o., zrealizowany dwuetapowo kompleks budynków biurowych stanowiących siedzibę S. ma powierzchnię całkowitą 8 492 m² oraz 8 954 m², a więc mniej niż 18 000 m²,

c. kompleksowej obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej na rzecz P. Muzeum Żydów P., który to budynek posiada powierzchnię całkowitą 16 374,16 m²;

co oznacza, że S. nie wykazał nawet jednej usługi dotyczącej utrzymania budynków biurowych o powierzchni co najmniej 18 000 m², i w związku z tym podlega wykluczeniu, przy czym na obecnym etapie naprawienie ww. wady w przewidzianym poprzez wykazanie się przez S. innymi realizowanymi usługami w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp trybie uzupełnienia dokumentów nie jest możliwe, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców,

3

-
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia S. z Postępowania, który to wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane, gdyż przedstawił nieodpowiadające rzeczywistości informacje dotyczące powierzchni obsługiwanych przez siebie budynków biurowych stanowiących siedzibę S. sp. z o.o. i jednocześnie jego własną siedzibę,
- z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów powołanych w pkt 1 i 2 powyżej
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, albowiem wykonawca ten nie wykazał warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej dwóch usług obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² (budynki biurowe w standardzie A lub B+) ustanowionego w Rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. Wskazał jak w punkcie pierwszym na trzy podane w ofercie obiekty, stwierdzając ponownie, że S. nie wykazał nawet jednej usługi dotyczącej utrzymania budynków biurowych o powierzchni co najmniej 18 000 m², i w związku z tym winien z Postępowania zostać wykluczony.

Podnosząc ww. zarzuty wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej (2) wykluczenie S. z Postępowania, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego powyżej; (3) wezwanie S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że S. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia w wykonaniu lub wykonywaniu co najmniej dwóch usług obsługi technicznej nieruchomości każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² dla budynków biurowych w standardzie A lub B+. Wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył w Postępowaniu ofertę zgodną ze wszystkimi wymaganiami, która przez Zamawiającego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania i wykluczenie S. z Postępowania (względnie: wezwanie go do uzupełnienia dokumentów - otwierające możliwość wykluczenia go w oparciu o uzupełnione dokumenty) doprowadzić może do

4

wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, co w sposób bezsprzeczny dowodzi posiadania interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazał:

1.1. zarzut niewykazania spełnienia warunku z rozdziału 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) SIWZ

Zamawiający zgodnie z wym. warunkiem wymagał posiadania doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania przez wykonawców 3 usług obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej obejmujących swym zakresem:

co najmniej dwie usługi obsługi technicznej nieruchomości każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² (budynki biurowe w standardzie A lub B+) o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto;

co najmniej jedną usługę obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej o powierzchni wystawienniczej/ekspozycyjnej nie mniejszej niż 4 000 m² o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto.

Zamawiający, odpowiadając w dniu 23 maja 2017 r. na pytania nr 12 oraz nr 35 dotyczące treści specyfikacji, potwierdził, że każda z usług wymienionych w rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit.

a) tiret pierwsze SIWZ (tj. usług dotyczących obsługi technicznej budynków biurowych w standardzie A lub B+) musiała spełnić dwie przesłanki: 1) musiała mieć powierzchnię nie mniejszą niż 18 000 m²; 2) musiała mieć wartość nie mniejszą niż 3 000 000 zł. Tym samym Zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu nie było możliwe sumowanie powierzchni budynków obsługiwanych w ramach poszczególnych usług, gdyż każda z nich musiała spełnić wymagania określone w SIWZ oddzielnie. Tymczasem S. na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w wyżej przywołanym fragmencie SIWZ powołał się na fakt realizacji następujących usług - kompleksową obsługę techniczną: (1) Hotelu W. „S.”, (2) budynku biurowego siedziby firmy S. w P., (3) obiektu Muzeum Historii Żydów P. - nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej, który posiada powierzchnię wystawienniczą.

Zdaniem Odwołującego, żadna z usług nie potwierdza wymogu dotyczącego obsługi technicznej z rozdziału 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret 1 i 2.

(1) Pierwszej usługi - obsługa techniczna Hotelu Warszawskich „S.” - nie dotyczy obiektów użyteczności publicznej, a także nie dotyczy budynków biurowych w standardzie A lub B+. W ramach tej usługi, jak wynika z treści przedstawionego przez tego wykonawcę listu referencyjnego, S. świadczył kompleksową obsługę techniczną trzech hoteli: Hotelu P. P., Hotelu M. i Hotelu M. w W.. Pojęcie budynku użyteczności publicznej zostało zdefiniowane w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015 r. poz. 1422; dalej: „Rozporządzenie w sprawie warunków”). Zgodnie z przewidzianą w tym przepisie definicją, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek

5

przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Jednocześnie w § 3 pkt 5 przywołanego Rozporządzenia w sprawie warunków określona została inna kategoria budynków, określanych jako budynki zamieszkania zbiorowego. Zgodnie z zapisaną w tym przepisie definicją, budynkiem zamieszkania zbiorowego jest budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny. Z powyższego wynika, że na gruncie ww. rozporządzenia hotele nie są klasyfikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki zamieszkania zbiorowego. Tych dwóch kategorii budynków nie można ze sobą utożsamiać, bowiem zostały one wyraźnie odróżnione przez samego prawodawcę. Stanowisko dotyczące odrębności znaczeniowej określić „budynek użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” potwierdził m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 7 maja 2009 r. sygn. akt II

SA/Kr 457/09. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Administracyjny wskazał, że okoliczność tego rodzaju, że w budynku są świadczone usługi wynajmu pokoi, nie pozwala na sklasyfikowanie budynku jako budynku użyteczności publicznej. Obsługiwane przez S. obiekty hotelowe zarządzane przez spółkę Hotele W. „S.” sp. z o.o. z całą pewnością należą do kategorii budynków zamieszkania zbiorowego. Tym samym, świadczona przez S. obsługa techniczna tych obiektów nie stanowi wymaganej przez Zamawiającego obsługi obiektów użyteczności publicznej. Podkreślił, że Zamawiający nie wymagał w przedmiotowym zakresie wykazania się obsługą jakichkolwiek budynków użyteczności publicznej, lecz wyłącznie budynków biurowych o określonym standardzie (kategoria A lub B+). Hotele P. P. H., M. i M. w W. za budynki biurowe w żadnym przypadku uznane być nie mogą. Zgodnie z klasyfikacją określoną w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB)(Dz. U. Nr 112, poz. 1316, ze zm.; dalej: „Rozporządzenie PKOB”) budynki biurowe stanowią klasę 1220 w ramach grupy 122 działu 12 (budynki niemieszkalne) sekcji 1 (budynki). Klasa ta obejmuje budynki wykorzystywane jako miejsce pracy dla działalności biura, sekretariatu lub innych o charakterze administracyjnym, np. budynki banków, urzędów pocztowych, urzędów, miejskich, gminnych,

6

ministerstw itp. lokali administracyjnych. Nie obejmuje ona natomiast biur w budynkach przeznaczonych głównie do innych celów. W tej samej klasyfikacji budynki hoteli stanowią klasę 1211 w ramach grupy 121 (hotele i budynki zakwaterowania turystycznego działu 12 (budynki niemieszkalne) sekcji 1 (budynki). Klasa ta obejmuje hotele, motele, gospody, pensjonaty, podobne budynki oferujące zakwaterowanie, z restauracjami lub bez, a także samodzielne restauracje i bary. Nie obejmuje ona natomiast restauracji w budynkach mieszkalnych, schronisk młodzieżowych, schronisk górskich, domków kempingowych, domków wypoczynkowych, restauracji w centrach handlowych. Funkcja hoteli P. P. Hotel, MDM i M. nie budzi najmniejszych wątpliwości - są obiektami przeznaczonymi do czasowego pobytu osób. Z całą pewnością ww. hotele funkcji biurowej nie pełnią - nie stanowią bowiem miejsca pracy dla działalności biura, sekretariatu czy też o charakterze administracyjnym. Wobec powyższego ujęta w poz. nr 1 przedstawionego przez S. wykazu wykonanych usług wymagania określonego w Rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ dotyczącego obsługi obiektów użyteczności publicznejTM budynków biurowych w standardzie A lub B+ nie spełnia.

(2) Druga usługa - obsługa techniczna budynku biurowego siedziby firmy S. nie potwierdza spełnienia wymogu powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m². Wskazany w wykazie budynek zlokalizowany przy ul. (...) w P. niewątpliwie jest budynkiem biurowym według klasyfikacji Rozporządzenia PKOB. Jest on również niewątpliwie obiektem użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia w sprawie warunków. Poważne wątpliwości budzi jednak spełnienie przez ww. budynek (a w istocie kompleks sześciu budynków biurowych) wymagania dotyczącego powierzchni nie mniejszej, niż 18 000 m². Wprawdzie przyznać należy, że S. ujawnił w przedstawionym przez siebie wykazie wykonanych usług, iż wspomniany budynek ma powierzchnię 18 474,25 m². Taka sama informacja została zawarta w przedstawionym przez tego wykonawcę liście referencyjnym wystawionym przez spółkę należącą do grupy kapitałowej S., tj. przez S. sp. z o.o. z siedzibą w P.. Zdaniem wykonawcy ww. informacja nie koresponduje z informacją zamieszczoną na stronie internetowej S. sp. z o.o. w P. pod adresem: ul. (...). Dowód: wydruk ze strony internetowej S. sp. z o.o. Informacje te wskazują, że stanowiąca siedzibę S. sp. z o.o. (oraz samego wykonawcy S.) nieruchomość przy ul. (...) stanowi zrealizowany dwuetapowo kompleks sześciu dwupiętrowych budynków biurowych z garażem podziemnym, połączonych przestrzennym foyer stanowiącym główną część komunikacyjną. Kompleks ten ma powierzchnię całkowitą na poziomie 8 492 m² i 8 954 m², przy czym informacje dostępne na stronie internetowej S. sp. z o.o. nie wskazują, z czego wynika fakt podania dwóch wartości powierzchni dla obiektu. Wydaje się, że poszczególne wartości odnoszą się do powierzchni budynku po zrealizowaniu poszczególnych etapów inwestycji, w tym sensie, że po realizacji prac pierwszego etapu obiekt posiadał 8 492 m², zaś po zakończeniu prac drugiego etapu

7

jego powierzchnia została zwiększona do wartości 8 954 m². Takie rozumienie ww. zapisów koresponduje z informacjami dostępnymi na stronie internetowej U..pl (zawierającej bazę

danych o polskich inwestycjach budowlanych), według których powierzchnia użytkowa całego zespołu budynków biurowych przy ul. (...) w P. wynosi aktualnie 5 952 m² (co dokładnie odpowiada podanej na stronie internetowej S..pl wartości „drugiej” powierzchni użytkowej budynku - wartość budynku dla drugiego etapu inwestycji). Dowód: wydruk ze strony internetowej U..pl. Jednakże nawet gdyby przyjąć, że ww. wartości dotyczą powierzchni budynku zrealizowanej odrębnie w każdym z etapów realizacji inwestycji - co oznaczałoby, że rzeczywista wielkość powierzchni kompleksu biurowego stanowi sumę obu podanych wartości TM nie zmienia to oceny, iż S. wymogu dotyczącego obsług budynków biurowych o powierzchni 18 000 m² nie spełnił. Suma ww. wartości (8 492 m² i 8 954 m²) jest niższa od wymaganej przez Zamawiającego wartości 18 000 m² - wynosi ona bowiem 17 446 m². Wskazuje to, iż przedmiotowa nieruchomość nie spełnia wymagania określonego w Rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. a) tiret pierwsze SIWZ. Podniósł, że informacje publikowane na stronie internetowej nie mają charakteru informacji oficjalnych. Jednakże, biorąc pod uwagę, iż źródłem i autorem tychże informacji jest sam wystawca listu referencyjnego - S. sp. z o.o. - informacje te uznać należy za co najmniej wiarygodne. Podniósł także, że Odwołujący nie ma ani prawnej, ani faktycznej możliwości sprawdzenia faktycznej powierzchni obiektu biurowego zlokalizowanego przy ul. (...) w P.. Nie posiada on bowiem dostępu fizycznego do wspomnianej nieruchomości ani też do opisującej ją dokumentacji urzędowej. Okoliczność dotyczące ww. powierzchni może być zweryfikowana poprzez zapoznanie się dostępnymi S. dokumentami w postaci: książki obiektu budowlanego (o której mowa w art. 64 Prawa budowlanego), względnie - projektu budowlanego dla ww. obiektu wraz ze wszystkimi jego zmianami. Z uwagi na powyższe, a także mając na uwadze, że ww. dokumenty są niezbędne do ustalenia w sposób bezsprzeczny rzeczywistej powierzchni obiektu biurowego zlokalizowanego w Pruszkowie przy ul. (...), na podstawie § 24 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie Regulaminu wniósł o zobowiązanie S. do przedstawienia ww. dokumentów.

(3) Trzecia usługa - realizowana przez S. na rzecz Zamawiającego niewątpliwie spełnia określony w tiret 2 warunek dotyczący powierzchni wystawienniczej na poziomie większym niż 4 000 m². Nie spełnia ona jednak wymaganego warunku z dwóch powodów: Po pierwsze, każda z wymaganych przez Zamawiającego usług miała być realizowana na podstawie odrębnej umowy - zatem ta sama usługa nie mogła być przez wykonawcę wykazana celem wykazania warunku w zakresie określonym dla usług, o których mowa w obu tiretach; Po wtóre, obiekt Muzeum Historii Żydów P. ma powierzchnię 16 374,16 m², co nie spełnia wymogu dotyczącego powierzchni na poziomie nie mniejszym niż 18 000 m². W tych okolicznościach, wykonawca S. nie spełnił warunku dotyczącego doświadczenia w

8

zrealizowaniu co najmniej 2 usług obsługi technicznej nieruchomości, każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² (budynki biurowe w standardzie A lub B+). Jednocześnie zauważył, że zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. sygn. akt C-131/16 A. sp. z o.o. zasada równego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których dostarczenia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w pierwotnym terminie ich składania. Ewentualne żądanie uzupełnienia dokumentów, ich wyjaśnienia lub sprostowania nie może zdaniem Trybunału rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 M.). Wobec powyższego za niedopuszczalną należałoby uznać ewentualną próbę sanowania opisanych powyżej braków w ofercie S. poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie - wskazujących na wykonanie przez S. innej usługi, na której realizację dotychczas się on nie powoływał. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego nie ma podstaw do stosowania w tym przypadku procedury sanacyjnej określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym niemniej, z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku, gdyby Izba prezentowała zdanie przeciwne i uznała, że ww. procedura może być w stanie faktycznym sprawy stosowana, podnosząc iż niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu prowadziłoby - o ile pozostawałoby to w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców - do zastosowania

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Procedura przewidziana w tym przepisie - w przypadku, gdy nie koliduje to z innymi regulacjami - ma bowiem charakter obligatoryjny.

1.2. zarzut przekazania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

Odwołujący podniósł, że w aktualnym stanie prawnym przekazanie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd co do okoliczności wskazującej na spełnienie warunku udziału w Postępowaniu (która to okoliczność co do zasady może mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Obowiązek ten powstaje zarówno w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji następuje w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), jak i wówczas, gdy wynika to z lekkomyślności lub ze zwykłego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). W przypadku, gdyby potwierdziło się, że wskazany przez

9

S. w poz. 2 wykazu wykonanych usług budynek biurowy nie posiadał powierzchni co najmniej 18 000 m², nie mogłoby budzić najmniejszych wątpliwości, że ów wykonawca przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością - a więc wprowadzające Zamawiającego w błąd. Nie sposób również w takiej sytuacji byłoby stwierdzić, aby owo przekazanie nieprawdziwych informacji wynikało z jakichkolwiek innych okoliczności, aniżeli zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lub co najmniej zwykłe niedbalstwo albo lekkomyślność. Podkreślił, że wykonawca jest profesjonalistą od wielu lat funkcjonującym na rynku i uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia. W myśl art. 355 § 2 w zw. z art. 14 ustawy Pzp, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności określa się przy uwzględnieniu jej zawodowego charakteru. Wskazał na orzeczenie w sprawie sygn. akt KIO 726/15, podnosząc, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości. Brak dochowania należytej staranności oznacza co najmniej, iż S. dopuścił się co najmniej niedbalstwa. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03: „Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.” Co więcej, wykonawca jako podmiot mający swą siedzibę w przedmiotowym budynku i w dodatku prowadzącym od 2010 r. jego obsługę techniczną niewątpliwie posiada lub co najmniej powinien posiadać (względnie: mógłby w prosty sposób osiąść) dane dotyczące rzeczywistej powierzchni tego budynku. Dane tego rodzaju nie stanowią same w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa jakiegokolwiek podmiotu (o czym świadczy chociażby fakt ujawnienia ich -choć zdaniem Odwołującego w stopniu wysoce zniekształconym - przez S. sp. z o.o. w liście referencyjnym, a nadto na stronie internetowej, oraz przez samego wykonawcę S. w przedłożonej dokumentacji), ani też jakiegokolwiek innej prawnie chronionej tajemnicy, stąd też ich pozyskanie nie jest w żaden sposób utrudnione. Jednocześnie każdy profesjonalista ubiegający się o zamówienia publiczne w Polsce jest świadomy konsekwencji prawnych wynikających z podania informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przekazania informacji niezgodnych z rzeczywistością. Wiedza tego rodzaju ma wśród wykonawców działających na

10

rynku zamówień publicznych charakter elementarny. Stąd też każdy z wykonawców - podając zamawiającemu informacje dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu - nawet będąc w najniższym stopniu przygotowanym do wykonywania tego rodzaju działalności - musi być świadomym tego, że informacje tego rodzaju powinny być sprawdzone przed ich przekazaniem zamawiającemu. Każdy przedsiębiorca działający na

rynku obsługi technicznej nieruchomości musi również ' wiedzieć, w jaki sposób sprawdzić prawdziwość informacji dotyczących powierzchni obsługiwanego obiektu - w szczególności wówczas, gdy taki obiekt obsługuje już 7 pełnych lat kalendarzowych. Brak dokonania w takich okolicznościach weryfikacji informacji podawanych podmiotowi zamawiającemu świadczy zatem o niedochowaniu minimalnego stopnia oczekiwanej od profesjonalisty staranności w tym zakresie (zakładając, że podanie takich informacji nie miało charakteru celowego działania). Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się jednoznacznie, że „niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji ocenia się jako rażące niedbalstwo. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Wobec powyższego, w przypadku potwierdzenia się okoliczności, iż budynek (kompleks budynków) zlokalizowany w P. przy ul. (...) ma powierzchnię mniejszą, niż 18 000 m², wykonawca S. winien zostać z Postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp). Okoliczność ta wyłącza możliwość wezwania S. do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 205/17, podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2384/16 i szereg innych).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: S. P. a. F. S. Sp. z o.o. z P., wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

Odnośnie pierwszego zarzutu, wskazał na postanowienie w rozdziale 5 ust.1 pkt 2) specyfikacji i stwierdził, że zamieszczone w Wykazie usługi potwierdzają spełnienie wymaganych w tym postępowaniu warunków. Pierwsza z usług dotyczy realizowanej na

11

rzecz: a) Hotelu W. „S.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., kompleksowa obsługa techniczna obiektu o powierzchni 48 849,00 m², w tym Hotel P. P. - o powierzchni 20 010,50, obiekt o standardzie B+; Druga na rzecz: b) S. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., kompleksowa obsługa techniczna budynku biurowego o powierzchni 18 474,25 m², obiekt o standardzie A, w którym znajduje się powierzchnia wystawiennicza; Trzecia na rzecz: c) Muzeum Historii Żydów P. P. z siedzibą w W. - kompleksowa obsługa techniczna nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej, który posiada powierzchnię wystawienniczą - powierzchnia całego obiektu 16 374,16 m², obiekt o standardzie A. Powyższe potwierdzają dokumenty referencyjne. Podkreślił, że ich treść nie dawała podstaw do wątpliwości, co do prawdziwości przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Podał, że: a) zgodnie z treścią referencji co najmniej dwie usługi (dwie pierwsze pozycje z wykazu) realizowane były w obiektach użyteczności publicznej o powierzchni 18 000 m², a wartość każdej usługi przekraczała 3 000 000,00 miliony złotych brutto, przy czym obiekty te posiadają standard odpowiadający standardom dla budynku biurowego klasy A lub B+; b) jeden obiekt (budynek Muzeum Historii Żydów P.) jest obiektem użyteczności publicznej o powierzchni wystawienniczej/ekspozycyjnej nie mniejszej niż 4 000 m², a wartość usługi nie była mniejsza niż 1 000 000,00 złotych brutto.

Podobnie jak Odwołujący, wskazał również na definicje pojęć: „obiekt użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” zawarte w treści rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie podkreślając, że w myśl (...) *w/w rozporządzenia budynkiem użyteczności publicznej jest budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny*

budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. (§ 3 ust. 6 Rozporządzenia). Z kolei budynkiem zamieszkania zbiorowego jest budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny (§ 3 ust. 5 rozporządzenia)". Dalej stwierdził: „Wbrew zarzutom odwołania ani wykładnia funkcjonalna, ani wykładnia systemowa pojęcia budynku zamieszkania zbiorowego oraz pojęcia budynku użyteczności publicznej nie pozwalają na stwierdzenie, iż pojęcia te są rozłączne, a zatem, że budynki

12

zamieszkania zbiorowego nie mogą stanowić jednocześnie obiektów użyteczności publicznej. Zakresy pojęć zdefiniowane w przywołanej regulacji w pewnych określonych sytuacjach pokrywają się ze sobą. Przykładowo budynkiem użyteczności publicznej jest budynek przeznaczony na potrzeby turystyki (a więc np. hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko), a jednocześnie hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, są kwalifikowane jako budynki zamieszkania zbiorowego. Podobnie budynkiem użyteczności publicznej jest budynek przeznaczony na potrzeby oświaty, wychowania (a więc np. internat, dom studencki), a jednocześnie internat i dom studencki są kwalifikowane jako budynki zamieszkania zbiorowego. Tym samym wskazany przez wybranego wykonawcę referencyjny hotel uznać należy zarówno za budynek użyteczności publicznej (jako budynek przeznaczony na potrzeby turystyki i usług), jak i za budynek zamieszkania zbiorowego, co w konsekwencji czyni zarzuty odwołania w tym zakresie niezasadnymi. W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, nie wskazano bowiem, iż budynki zamieszkania zbiorowego nie są budynkami użyteczności publicznej. Analizując treść definicji obiektu użyteczności publicznej należy wskazać, iż hotel spełnia przesłanki dla obiektu użyteczności publicznej, gdyż w budynku świadczone są usługi i jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki". Dodatkowo wskazał, że (...) powołane rozporządzenie zrównuje wymagania szczególne odnoszących się do warunków technicznych budynków dla budynków użyteczności publicznej oraz budynków zamieszkania zbiorowego (por. § 12 ust 6, § 16 ust 1, § 23 ust 4, § 54 ust 1, § 54 ust 2, § 55 ust 2, § 116 ust. 2, § 121 ust 1, § 155 ust 4, § 157 ust 1, § 179 ust 4, § 186 ust. 2, § 209 ust. 1 pkt 1), § 323 ust 2, § 325 ust. 1, § 326 ust. 1, § 327 ust 2, § 329 ust. 3). Zamawiający w postępowaniu nie doprecyzował, co rozumie pod pojęciem obiektu użyteczności publicznej, dlatego też nieuprawnionym jest doprecyzowywanie warunków udziału w postępowaniu po dniu otwarcia ofert. W związku, z czym Zamawiający nie mógł wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do Wykonawcy i nie uznać usług zrealizowanych na rzecz hotelu. Co najmniej dwie usługi realizowane były w obiektach o powierzchni 18 000 m² a wartość usługi przekraczała 3 000 000,00 miliony złotych brutto. Wykonawca w dokumentach złożonych w postępowaniu w sposób jednoznaczny wykazał, iż dwie z przedstawionych usług zrealizowane były w obiektach o powierzchni większej niż 18 000 m². Zgodnie z treścią wykazu usług i referencji obiekty, w których były realizowane usługi mają odpowiednio powierzchnię: a) kompleksowa obsługa techniczna Hotelu W. „S.” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., o powierzchni 48 849,00 m², w tym Hotel P. P. - o powierzchni 20 010,50 m²; b) kompleksowa obsługa techniczna budynku biurowego siedziby firmy S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, o powierzchni 18 474,25 m². Nadto każdy z

13

obiektów wskazanych w wykazie odpowiada standardem budynku biurowego kategorii A lub B+”. Mając na uwadze powyższe stwierdził, że „Wykonawca w sposób dostateczny wykazał, iż zrealizował usługi w obiektach powyżej 18 000 m². Jednocześnie Zamawiający w ślad za żądaniem Odwołującego wystąpił do wykonawcy o przedłożenie dokumentów potwierdzających powierzchnię nieruchomości. Wykonawca przedstawił dokumenty, z których bez żadnych wątpliwości można odczytać powierzchnię obiektu”. Podkreślił, że (...) Odwołujący swoją wiedzę na temat powierzchni obiektów wskazanych w wykazie czerpie ze

strony internetowej. W ocenie Zamawiającego strona internetowa nie stanowi obiektywnego źródła wiedzy, z którego można bezrefleksyjnie kopiować informację. Każdy z obiektów posiada standard budynku A lub B+. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu wskazał, iż wymaga, aby wykazane obiekty były obiektami użyteczności publicznej, a jedynie w nawiasie doprecyzował, iż przedmiotowe budynki mają swymi standardami odpowiadać standardom określonym dla budynków biurowych klasy A lub B+. Dopisek zawarty w nawiasie dookreśla warunek opisany przez Zamawiającego w zakresie standardu budynku odwołując się do parametrów istniejących w branży obsługi nieruchomości. Odesłanie do określonego standardu budynków biurowych nie stanowi jednak -jak interpretuje to odwołujący- zawężenia tego warunku tylko do budynków biurowych. Warunek udziału jest spełniony, o ile wykonawca wykaże, że zrealizował usługi w zakresie obsługi budynków użyteczności publicznej o standardzie odpowiadającym klasie A lub B+ (a nie tylko obsługi budynków biurowych). Standardy A lub B+ definiowane są w piśmiennictwie branżowym. Według W. R. F. do klasy A można zaliczyć budynki spełniające 13 z 16 kryteriów wymienionych poniżej [Jońska, 2011, s. 18-19]: 1) idealna jakość wykończenia wnętrz wraz z kompleksowym serwisem technicznym, 2) najlepsza lokalizacja na konkretnym obszarze, bezproblemowy dojazd i łatwy dostęp do ośrodków komunikacji miejskiej, 3) klimatyzacja, 4) podwieszane sufity, 5) wysokość pomieszczenia - minimalnie 2,70 m (licząc od podłogi do sufitu), możliwość swobodnej aranżacji wnętrza, 6) trzy oddzielne okablowania strukturalne dla linii telefonicznych, elektronicznych i systemów komputerowych albo system podnoszonych podłóg, 7) podwójne szyby niskoemisyjne, 8) nowoczesne i szybkie windy (kryterium mierzone na podstawie czasu oczekiwania na windę, który nie może być dłuższy niż 30 s), 9) wykładziny podłogowe i wykończenia ścian dobrej jakości, 10) całkowicie wykończone wnętrza łazienek oraz kuchni, 11) niezawodny i solidny system telekomunikacyjny, 12) podwójne zasilanie, bądź awaryjny system podtrzymania napięcia, 13) kontrola wilgotności powietrza, 14) parking strzeżony z miejscami przeznaczonymi dla najemców, 15) wystarczająca liczba miejsc parkingowych na metr kwadratowy powierzchni wynajmowanej dla budynków zlokalizowanych w centrum i poza nim. Dla obiektów w ścisłym centrum 1/90 do 1/100 m², centrum 1/70 m², poza centrum 1/25 do 1/30 m² (dopuszczalne 1/50 m²). Z kolei budynki klasy B to takie, które zostały wybudowane po 1989 roku i

14

charakteryzują się następującymi cechami [Jońska, 2011, s. 19—20]: 1) materiały wykorzystane przy budowie oraz jakość wykonania obiektu są niższe od obiektów klasy A, 2) oferowana mniejsza ilość usług niż w obiekcie klasy A, 3) niepełny system klimatyzacji, 4) wskaźnik miejsc parkingowych w stosunku do powierzchni najmu jest niższy niż w przypadku obiektów klasy A. W. R. F. wyróżnia także budynki klasy B+, czyli nowoczesne budynki, które spełniają wszystkie kryteria ustalone dla klasy A, ale są położone poza ścisłym centrum [Jońska, 2011, s. 19—20]. Do klasy B+ można również zaliczyć budynki, które nie spełniają wszystkich standardów klasy A, ale znajdują się w ścisłym centrum. (Klasyfikacja biurowców na przykładzie rynku nieruchomości w T., autorstwa D. T., M. O., opublikowane w Zarządzanie i Finanse Journal of Management and Finance Vol. 12, No. 4/2014)". Stwierdził, że „Wykonawca w wykazie usług w kolumnie 6 określił klasę każdego ze wskazanych obiektów. Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy przedmiotowe klasy odpowiadają warunkom postawionym przez Zamawiającego. Jeden obiekt użyteczności publicznej o powierzchni wystawienniczej /ekspozycyjnej nie mniejszej niż 4 000 m² o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto. Zamawiający na podstawie wiadomości, które posiada stwierdził, iż usługa wykazana przez Wykonawcę realizowana na rzecz Zamawiającego spełnia warunek określony w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2) tiret 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z dokumentacją powykonawczą obiektu, w którym znajduje się Muzeum Historii Żydów P. P. przestrzeń wystawiennicza stanowi około 4 633,98 m². Dlatego też Zamawiający uznał przedmiotowy warunek za spełniony. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego obiekt Muzeum Historii Żydów P. P. ma powierzchnię całkowitą 18 368,21 m²".

Odnosząc drugiego zarzutu stwierdził, że w przypadku, gdy złożone oświadczenia i dokumenty nie budzą wątpliwości co do ich prawdziwości, Zamawiający zobowiązany jest zgodnie z ustawą Pzp polegać na ich treści. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy wymaga szczegółowego wykazania, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia

warunki udziału w postępowaniu lub że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. W prowadzonym postępowaniu, opierając się na dokumentach i oświadczeniach wykonawcy, które nie budziły wątpliwości, nie stwierdził, aby do takiej sytuacji doszło, zatem brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy z powyższych powodów. Dodatkowo, wykonawca na żądanie Zamawiającego po dniu doręczenia przez Odwołującego odwołania, złożył dokumenty zatytułowane „Protokół z okresowej kontroli stanu technicznego zespołu budynków” wraz z załącznikiem „Wykaz protokołów okresowych kontroli stanu technicznego obiektu”, z których bezspornie wynika, że obiekt zlokalizowany w P. przy ulicy (...) ma powierzchnię 18 474,25 m².

15

Odnośnie zarzutu trzeciego Zamawiający podał, że w przedmiotowym postępowaniu nie wzywał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do dalszego złożenia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału, gdyż na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów uznał, że warunki udziału zostały przez wybranego wykonawcę spełnione i należyte wykazane. Brak zatem było podstaw do wzywania wykonawcy o składanie dalszych dokumentów. Wezwanie takie byłoby konieczne dopiero w przypadku ewentualnego uznania, że wykazane usługi nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co - jak wyżej wykazano - nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie.

W uzasadnieniu prawnym stanowiska wskazał na § 2 ust. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podnosząc: *„W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: /.../ 2. wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyte, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;”* Zgodnie z poglądem prezentowanym w doktrynie na gruncie poprzednio obowiązującego rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [KIO w wyr. KIO 527/13] oświadczenia składane przez wykonawcę w formie wykazu mogą mieć także szerszy zakres, niż wynika to z treści referencji, ale dopóki między tymi dokumentami nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność, zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania prawdziwości, czy też raczej prawidłowości informacji z nich wynikających. Jeśli jednak pewne informacje, istotne z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie znalazły się w wykazie, ale zostały potwierdzone w

16

dowodach odnoszących się do wykonania określonego zamówienia, to jest to wystarczające dla dokonania pozytywnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem wyciągać negatywnych konsekwencji jedynie z tego powodu, że pewne informacje nie zostały przepisane do wykazu robót, dostaw lub usług z dokumentu pochodzącego od podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane. Z kolei w wyroku KIO 1096/13 – KIO wskazała że, wykaz jest tworzony na potrzeby konkretnego postępowania przez wykonawcę ubiegającego się o jego udzielenie, dlatego też co do zasady w tym dokumencie należy poszukiwać potwierdzenia spełnienia poszczególnych elementów warunku udziału w postępowaniu. Niemniej jednak w ostatecznym rozrachunku nieistotne jest w jakim

dokumentach - w wykazie czy referencji - znalazła się informacja potwierdzająca spełnianie warunku. Zamawiający, ustalając zakres wykazywanych przez wykonawcę prac, powinien uwzględniać nie tylko treść oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie, ale również treść dokumentów potwierdzających ich odpowiednie wykonanie. Dokumenty te należy bowiem czytać łącznie i dopiero po uwzględnieniu ich łącznej treści, zamawiający jest upoważniony do rozstrzygnięcia o wykazaniu czy też o niewykazaniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak KIO: sygn. akt: 984/11). Dalej podał, że „Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej: „Dokumentem potwierdzającym posiadanie wiedzy i doświadczenia w wymaganym zakresie jest przede wszystkim, poza ogólnym oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie złożone przez wykonawcę w wykazie dostaw/usług/robót budowlanych, natomiast załączane do wykazu dowody mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie bądź wykonywanie usług wskazanych i dokładnie opisanych w wykazie. Wykonawcy, zatem mają obowiązek udowodnić za pomocą - co do zasady poświadczenia, że wskazane zamówienie (usługa/dostawa/roboty budowlane), jako całe zadanie zostało wykonane należyście, natomiast z poświadczenia nie musi wynikać, że poszczególne elementy składające się na wykonane/wykonywane zamówienie zostały/są wykonane/wykonywane należyście.” (Postanowienie: sygn. akt KIO 2309/14). W innym orzeczeniu KIO wskazała, iż „Zdaniem Izby zamawiający podaje opis sposobu oceny spełniania warunku, czyli konkretyzuje ten warunek w zakresie elementów dla niego istotnych, aby następnie -na podstawie informacji podanych w złożonych dokumentach - stwierdzić, czy wykonawca spełnia w tych aspektach warunek. Ponieważ wykaz jest tworzony na potrzeby konkretnego postępowania przez wykonawcę ubiegającego się o jego udzielenie, co do zasady w tym dokumencie należy poszukiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych elementów warunku. Tym niemniej w ostatecznym rozrachunku nieistotne jest gdzie - w wykazie czy referencji - znalazła się taka informacja potwierdzająca spełnianie warunku.” Reasumując stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie powziął wątpliwości co do prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów,

17

dlatego też nie miał on obowiązku dodatkowego badania treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń.

Odnośnie zarzutu drugiego wskazał na art. 24 ust. 1 pkt. 16) i 17) ustawy Pzp podnosząc, że Zamawiający wykluczył z postępowania wykonawcę, który: (...) 16. *w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;* 17. *w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".* Jego zdaniem w doktrynie oraz orzecnictwie nadal aktualny jest pogląd ukształtowany na gruncie Ustawy sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: „Ewolucję w interpretacji przechodził przepis art. 24 ust. 2 pkt 3. Najnowsze orzecnictwo wskazuje, że przepis ten należy interpretować stosunkowo wąsko. Zdaniem KIO, podanie nieprawdziwych informacji wiąże się ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd przez wykonawcę zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego (KIO 64/13). Surowiej traktuje postępowanie wykonawców KIO w wyr. KIO 2262/12). Stwierdza w nim, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 nie wiąże przesłanek wykluczenia z winą wykonawcy. Przyznaje jednocześnie, że art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd, jednak bez doprecyzowań, które wskazywałyby na postać winy. Nie mówi bowiem ani o zamiarze, ani o celowości działania wykonawcy. W jeszcze wcześniejszym wyroku KIO podkreślała, że dla oceny podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania istotne znaczenie ma okoliczność, że określona informacja mająca rzeczywisty wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością i powyższe nie budzi wątpliwości, przy czym bez znaczenia dla tej oceny są przyczyny złożenia nieprawdziwych informacji (wyr. KIO 760/12). Ale brak jest podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania wówczas, gdy zawarł nieprawdziwe informacje w jakichkolwiek innych

dokumentach i oświadczeniach, do których złożenia nie był w ogóle zobowiązany. Nie ulega wątpliwości, że nieprawdziwe informacje tylko wtedy mogą stanowić podstawę do wykluczenia, gdy zawarte są w dokumentach wymaganych przez zamawiającego (wyr. KIO z KIO 491/12). Najbardziej radykalnie podeszedł do sprawy SO W. - P. w W. w wyr. z 19.7.2012 r. (IV Ca 683/12, www.uzp.gov.pl). W ocenie sądu powołany przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i

18

wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Warto zaznaczyć, iż wyrok ten został wydany w wyniku uwzględnienia skargi Prezesa UZP na wyrok KIO." W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do wykluczenia wykonawcy, ponieważ przedłożone oświadczenia i dokumenty wykazują w sposób dostateczny spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu; tym bardziej zatem Zamawiający nie miał podstaw do wykluczania wykonawcy z powodu rzekomej nieprawdziwości twierdzeń Wykonawcy. Na podstawie przytoczonego powyżej orzecznictwa oraz poglądu doktryny należy z całą stanowczością stwierdzić, iż wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) wymaga niepodważalnych dowodów, które pozwolą wykazać Zamawiającemu, iż Wykonawca winny jest złożenia nieprawdziwych oświadczeń. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie odnajduje dowodów, o których mowa w zdaniu poprzedzającym.

W zakresie zarzutu trzeciego wskazał, że: zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania". W przedmiotowym postępowaniu okoliczność taka nie wystąpiła, zatem Zamawiający nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia dalszych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

19

Zamawiający w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) podał, że „o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: (...) 2) zdolności technicznej lub zawodowej: a) Wykonawca posiada doświadczenie w świadczeniu usługi obsługi technicznej nieruchomości. W celu potwierdzenia spełnienia warunku Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej 3 usługi obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej obejmujące swym zakresem:

> co najmniej dwie usługi obsługi technicznej nieruchomości każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² (budynki biurowe w standardzie A lub B+) o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 złotych brutto;

> co najmniej jedną usługę obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt

użyteczności publicznej o powierzchni wystawienniczej /ekspozycyjnej nie mniejszej niż 4 000 m² o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto;
Usługi wykazane przez Wykonawcę wskazane w lit. a- b powyżej były świadczone przez okres co najmniej 12 miesięcy. Każda przedstawiona w wykazie usługa powinna być wykonana w ramach odrębnych umów."

Wykonawca S. P. a. F. S. sp. z o.o. [wykonawca S.], którego oferty dotyczą zarzuty, potwierdził w ofercie wykonanie usług w wymaganym zakresie.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w tym postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem „obiekt użyteczności publicznej”. Nie wskazał także w dokumentacji tego postępowania na powoływane przez Odwołującego przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002, poz. 690 ze zm.). Dlatego też nieuprawnionym byłoby powoływanie się wprost na postanowienia wynikające z tego rozporządzenia, albowiem takie działanie zmierzałoby do doprecyzowywania warunków udziału w postępowaniu z ograniczeniem tylko do pewnych kategorii obiektów - po dniu otwarcia ofert. Izba zwraca uwagę, że powoływane przez Odwołującego przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. [zgodnie z jego § 2 ust.1]: (...) stosuje się przy projektowaniu, budowie i przebudowie oraz przy zmianie sposobu użytkowania budynków oraz budowli nadziemnych i podziemnych spełniających funkcje użytkowe budynków, a także do związanych z nimi urządzeń budowlanych, z zastrzeżeniem § 207 ust. 2" [ten przepis dotyczy bezpieczeństwa p.poż.].

20

Tym samym, [nie rozstrzygając czy budynki zamieszkania zbiorowego są budynkami użyteczności publicznej, czy nie na gruncie tego rozporządzenia] nie można wyłączyć w niniejszej sprawie z kategorii budynków użyteczności publicznej, przykładowo hotelu przeznaczonego także na potrzeby turystyki, w którego budynku świadczone są – nie tylko dla gości hotelu - szeroko rozumiane usługi, w tym gastronomiczne oraz konferencyjne.

Wykonawca S. w dokumentach złożonych w ofercie [oraz w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień] wskazał w Wykazie Usług na trzy usługi.

Usługi pod pozycją 1 i 2 potwierdzają wymagane doświadczenie opisane w tirecie pierwszym: „*obsługi technicznej nieruchomości każda o powierzchni nie mniejszej niż 18 000 m² (budynki biurowe w standardzie A lub B+) o wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 złotych brutto*”. Zgodnie z treścią Wykazu i dokumentów referencyjnych, które dotyczą następujących obiektów:

- a) Hotelu W. „S.” spółka z o.o. z siedzibą w W., o powierzchni 48 849,00 m², w tym Hotel P. P. - o powierzchni 20 010,50 m²;
- b) budynku biurowego siedziby firmy S. spółka z o.o. z siedzibą w P., o powierzchni 18 474,25 m². W tym przypadku dla tego obiektu potwierdzeniem spornej powierzchni był m.in. Protokół z okresowej kontroli z zespołu budynków oraz książka obiektu budowlanego.

Każdy z obiektów wskazanych spełnia wymaganie z tiretu pierwszego - może być sklasyfikowany jako obiekt użyteczności publicznej, odpowiadający standardem dla budynku biurowego klasy A lub B+ o wymaganej powierzchni i wartości świadczonej usługi.

Z kolei usługa z poz. 3 Wykazu - realizowana na rzecz Zamawiającego potwierdza wymaganie według tiret 2: „*obsługi technicznej nieruchomości stanowiącej obiekt użyteczności publicznej o powierzchni wystawienniczej /ekspozycyjnej nie mniejszej niż 4 000 m² o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 złotych brutto*”. Zgodnie z dokumentacją powykonawczą obiektu, w którym znajduje się Muzeum Historii Żydów Polskich P. z siedzibą w W. przestrzeń wystawiennicza stanowi około 4 633,98 m². Zamawiający podał także, że obiekt Muzeum Historii Żydów P. P. ma powierzchnię całkowitą 18 368,21 m², co w przypadku tego warunku nie było wymagane.

W związku z powyższymi ustaleniami, Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym po jego stronie wykonawcą, że wymaganie według tiretu pierwszego dotyczyło obsługi technicznej obiektu użyteczności publicznej, a w nawiasie uwaga [budynki

odpowiadać standardom określonym dla budynków biurowych klasy A lub B+. Izba zwraca uwagę, że to postanowienie w nawiasie mogło być rozumiane również w ten sposób, że wykonawca wskazując na obiekt referencyjny biurowiec musi uwzględniać klasę A lub klasę B+ jako standard dla obiektu. Izba uznała dodatkowo, że dla tego warunku, z uwagi na zasady obowiązujące w postępowaniu m.in. na gruncie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp - najbliższa może być interpretacja, że uwaga zawarta „w nawiasie dookreśla warunek opisany przez Zamawiającego w zakresie standardu budynku odwołując się do parametrów istniejących w branży obsługi nieruchomości”. Jednakże sporna uwaga z nawiasu nie mogła być rozumiana wyłącznie jako ograniczenie wymagania potwierdzającego warunek tylko do budynków biurowych we wskazanym standardzie. Takie bowiem odesłanie - do określonego standardu budynków biurowych - nie może stanowić - jak interpretuje Odwołujący - zawężenia tego warunku tylko do tej kategorii obiektów [budynków biurowych]. Zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy Pzp – art. 22ust.1a.: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”. Trzeba pamiętać, że przedmiotem tego zamówienia jest „Świadczenie usług obsługi technicznej w budynku Muzeum Historii Żydów P.”. Przede wszystkim – zgodnie ze Szczegółowym OPZ [zał.1 do SIWZ] (...) utrzymanie budynku w stanie technicznym i estetycznym poprzez dbanie o budynek Muzeum z należytą starannością”. Tym samym opisany warunek udziału należało uznać za spełniony, w sytuacji gdy wykonawca wykaże, że zrealizował usługi w zakresie obsługi budynków użyteczności publicznej o standardzie odpowiadającym klasie A lub B+ (a nie tylko obsługi budynków biurowych) oraz określonych parametrach, co do powierzchni i co do wartości usługi. W związku z tym Zamawiający nie mógł wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy S. i nie uznać usług obsługi zrealizowanych na rzecz obiektu hotelowego. Izba jednocześnie – wobec argumentacji Odwołującego – zgadza się, że Wikipedia niewątpliwie jest źródłem informacji m.in. co do społecznego rozumienia pewnych pojęć. Jednakże zastosowanie tego narzędzia do weryfikacji warunków w przetargu - w sytuacji gdy dane pojęcie, wobec braku określenia, wymaga wykładni (wyjaśnienia treści) po złożeniu ofert - nie może następować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i zasad w nim określonych m.in. ustawą Pzp. Odnośnie spornych powierzchni, Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wiedza na temat powierzchni obiektów wskazanych w Wykazie nie mogła być oparta na informacjach ze strony internetowej. Strona internetowa nie stanowi obiektywnego źródła wiedzy, z którego można bezrefleksyjnie kopiować informację. Niezależnie od powyższego w odniesieniu do budynku biurowego w Pruszkowie potwierdzone zostały w toku rozprawy sporne wymaganie, co do wymaganej warunkiem powierzchni co najmniej 18.000 m², a w przypadku warunku według tiretu

drugiego w związku z obiektem z pozycji 3 Wykazu powierzchnia całkowita co najmniej 18 tys. m² nie była wymagana.

Wobec nieuwzględnienia zarzutu z punktu 1 odwołania dotyczącego nie potwierdzenia przez wykonawcę S. warunku z rozdziału 5 ust. 1 pkt 2) specyfikacji podlega oddaleniu także zarzut oparty na naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, albowiem przedkładane przez wykonawcę dokumenty potwierdziły spełnianie warunku udziału. Także nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wzywał wykonawcy na tej podstawie do dalszego złożenia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, gdyż na podstawie przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów Zamawiający uznał, że warunki udziału w postępowaniu zostały przez wybranego wykonawcę spełnione i należyście wykazane.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy - Prawa zamówień publicznych oraz przepisów rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.).

.....